



POR DON DIEGO ABARCA Y VERA

COMO PADRE Y LEGITIMO administrador de don Luys Abarca Muñoz su hijo, vezinos de la villa de Alcozer.

EN EL PLEYTO

CON

FERNANDO SVAREZ, por si, y como padre y legitimo administrador de Manuel Suarez y consortes sus hijos, vezinos de la dicha villa.

En Granada lo imprimiò Iuan Serrano de Vargas y Vreña en la calle Abenamar, al medio della, Año de 1632.

1 PAra inteligécia deste pleyto presupongo, que Iuan Ximenez, Clerigo presbitero, vezino de la dicha villa, por clausula de su testamento fundò vn vinculo de sus bienes, y a la sucessión del llamó a Francisca Hernandez su hermana, muger que fue de Pedro Muñoz: y despues de sus dias llamò a Pedro Muñoz su hijo mayor, y a sus ascendientes, con llamamiétos regulares. Y despues en siete de Enero de quinientos y quaréta y vno, otorgò vn codicilio ante Iuan de Ariua, Notario Apostolico, donde puso la clausula siguiente, que por quanto sobre ella, y su inteligencia viene a consistir este pleyto, me ha parecido ponerla a la letra.

descendientes

CLAVSVLA.

2 ¶ *Y dixo, que por quanto otorgó su testamento de seis de Iulio referido, aora quiere y dize, que las medias casas que señaló para en que viuiesse Diego Fernandez su sobrino para en sus dias en el dicho testamento, quiere que las aya y herede Francisca Fernandez su hermana y su heredera, con la cueua de la fuente, y que las otras medias queden para el vinculo en el dicho testamento contenido, y que la dicha su hermana cumpla lo que tiene dicho y platicado, y declarò q̃ el auia mandado a Pedro Muñoz su sobrino lo contenido en el dicho su testamento: porque despues de los dias de Iuã Muñoz su sobrino, los bienes vinculados que dexò Diego Fernã dez su tio, sucedan en quien la dicha su hermana, de sus hijos quisiere, y por bien tuuiere: porque no quiere que entrambos vinculos esten en vno, pues la dicha su hermana tiene copia de hijos, si no fuere y fallecieren.*

3 ¶ Lo segundo presupongo, que Diego Fernandez, Capellan que fue del Rey, en veynte y siete de Nouiembre de mil y quiniétos y veynte y nueue, fundò otro vinculo y Patronato de sus bienes, y llamò a la sucessión del a Francisca Fernandez su sobrina; y despues de sus dias, al hijo, ó hija que la dicha Francisca

Fer-

Fernandez, y Pedro Muñoz nombrassen.

4 ¶ Lo tercero presupongo, que la dicha Francisca Fernandez otorgò su testamento, y vsando del codicilio de Iuan Ximenez su hermano, llamó a Iuan Muñoz su hijo, ibi: *Y ansi mismo, conformandome con el codicilo de Iuan Ximenez mi hermano, digo y declaro, que es mi voluntad, que el dicho Patronato y bienes del, le desfrute y goze, tenga y possea Iuan Muñoz, Clerigo, mi hijo.* Y ansi mismo Iuan Ximenez, por clausula de su testamento, *vsando del codicilo de Iuan Ximenez su tio*, despues de la muerte de Pedro Muñoz y sus hijos, llamò a Maria Muñoz su hermana, la qual tuuo y posseyo el dicho vinculo, el qual vino sucediendo hasta la muerte de Iuan Ochoa Muñoz, y por su muerte pretendio la sucesion doña Maria Ochoa, a la qual pretendio excluir Fernando Suarez, como nieto y descendiente de Alōso Muñoz, hijo de Francisca Fernandez, y la dicha doña Maria Ochoa pretendio, que el dicho vinculo era incompatible con el de Diego Fernandez Capellā del Rey, que posseia el dicho Fernando Suarez: y auiendo se dicho contra el codicilo, por sentencia de vista que passò en cosa juzgada, se declarò por valido el codicilo, y se declarò por legitima sucessora a la dicha doña Maria Ochoa.

5 ¶ Lo quarto se presupone, que por muerte de doña Maria Ochoa pretende la sucesion el dicho Fernando Suarez, a que se opuso don Diego Abarca y Vera, como padre y legitimo administrador de don Luis Abarca Muñoz, como hijo legitimo de doña Francisca Suarez, hermana del dicho Fernando Suarez, pretēdiendo que no puede suceder el dicho Fernando Suarez, ni sus hijos, por posseer el vinculo que fundó Diego Fernandez, Capellan del Rey, que es incompatible con el vinculo de Iuan Muñoz, y està deduzida la propiedad en esta Corte.

6 ¶ Esto supuesto, en tres articulos se ha de diuidir esta informacion.

7 ¶ En el primero se ha de fundar, que el codicilo que otorgó Iuan Ximenez, Clerigo, ante Iuan de Ariua, Notario Apostolico, por muchas conjeturas y presunciones que se fundarán, es verdadero y prouante,

uante,y que por el se ha de regular la sucessiõ.

8 ¶ En el segundo,que el vinculo que fundó Iuã Ximenez,tiene incompatibilidad expressa con el vinculo que fundó Diego Fernandez,Capellan del Rey, y que esta incompatibilidad es Real y passa a todos los sucessores.

9 ¶ En el tercero y vltimo, que Fernando Suarez no puede elegir el dicho vinculo,y dexar el de Diego Fernandez,ni menos lo pueden hazer sus hijos por la exclusion que tienen.

ARTICVLO I.

10 ¶ Que el codicilo que otorgò Iuan Ximenez en que puso la incompatibilidad expressa, sea verdadero y prouante, se prueua lo primero por la presuncion de derecho,segun la qual in dubio el instrumento tiene por si la presuncion,quod sit verum & solemne, & quod ea omnia quæ in eo reperiuntur fuerint scripta,& a testatore,vel partibus disposita, l. cum precibus,C. de probationibus,l.cum propria,vbi gloss.C. si quis alteri,vel sibi,cap. Abbatæ,de verbor.signif. tradunt Menochi.lib.2.præsumpt.44.per tot. Mascard. conclus.906. per totam,Honded. cons.86.num.69. Surd.cons.6. num.11. & cons.134. num.34.& cum aliis, D.Castillo, lib.2.contr.cap.16. num.4. & 5. & Farina.cons.11.nu.36.cum sequentibus, quia instrumentum dicitur probatio,probata facit rem liquidam & notoriam, Tiraquel.de retractu ligna.§.2.glos.1. a num.20.& sequentibus,Rolãd.cons 9.num.15.lib.1.Riminald.cons.816.ex num.9. Craueta, cons.31. num.7.D.Castill.vbi sup.num.6. Gratian.cap.952. num.13.& cap.981. num.9. ideoque veniens contra instrumẽtũ grauatur duriori probatione, glos. in d. l.cum precibus,C.de probationibus, Surd. d. cons.6. num.11.Gratiã.cap.966.num.10.lib.5. quia habet vim definitionis causæ, & non indiget fori disceptatione,Bald.cons.215.& 223.lib.1.Surd.cons.431.nu.1.volum.3.Gratian.d.cap.952.num.13.& 14.& habet tantam vim,vt quælibet interpretatio sit quærenda,vt excludatur falsitas instrumenti DD.in l.iuris gentium,

tium,§.quod fere,ff. de pactis,latè Riminald.iun.cõsil.58.num.39.lib.1.& concurrentibus inuicem præsumptionibus tam pro instrumento quam contra pręferri debent quę instrumentum adiubant,& in dubio pro eo iudicari debet aduersus pretensam falsitatem, vt post plures quos refert,obseruat Bursatus,consil. 309.num.63.& num.78.lib.3.Sforcia,consi.78.nu. 44.& 50.lib.2.Surd. d. consi.173.num.54.& maximè num.58.D.Castillo,d.cap.16.num.36.y asi dõ Diego y su hijo tienen por si la presuncion del derecho,y la parte contraria ha de fundar su pretension contra el instrumento.

11 ¶ Lo segundo,se prueua la verdad deste codicilo, porque Iuan de Ariba de quien suena estar otorgado,era notario Apostolico,a cuyas escrituras,y cõtratos se daua entera fee,y credito,como exactissimamente esta prouado con testigos de vista que conocieron al dicho Iuan de Ariba,el qual era vn Clerigo de exemplar vida,notario Apostolico,a cuyas escrituras se daua entera fee,y credito,con lo qual està plenamente prouado auer sido notario , Oldrald.cõs.227. numer.6.versi. Sed ad hoc respondetur, Afflict.decis.245.num.4.versi.Et ideo,Puteus,decis.536.in fi. lib.2.Boerius, decis.36. num.7. & 10. Farinat.decis.703. numer.4.tom.2.nouis.siendo asi que para esto bastarà la presuncion de la antiguedad del tiempo para presumir que era notario Apostolico,vt ex alijs resoluunt Couarr.practicarum,cap.21.num.7.Ioseph. Ludouic.decis.Perusina 115.num.9 cum seqq.Mascard.de probationibus,concl.1097.nu.8.cum seqq. Patianus,de probationibus,lib.2.cap.21.nu.57.

12 ¶ Y no es de consideracion dezir,que cõforme a la disposicion de la ley 31.tit.13.lib.1.noue recopil.està prohibido que ningun notario Apostolico pueda hazer escrituras , ni cõtratos,ni los de signados porq se respõde q̃ la dha ley 32.en q̃ ayla dha prohibicion ,se publicò año de 1567.que es quando las leyes de la recopilacion se publicaron,y asi como ley posterior al codicilo que se otorgò el de 541.no se puede estender a lo passado,quia leges,& constitutiones futuris dant formam rebus nõ ad præterita adaptatur

tantur, l. leges, C. de legibus, textus in cap. cognoscentes, & in cap. fi. de constitutionibus, Gail, lib. 2. obseruationum, cap. 9. num. 3. Cardinalis Tusch. practicarũ conclus. in verb. lex, concl. 264. num. 1. & 6. Farinac. frag. crim. part. 2. litera L. num. 26. D. Anguiano, de leg. lib. 5. controuersia 1. per totam, maxime num. 15. y en terminos que las disposiciones de la ley del Reyno que hablan en materia de escrituras, se ayan de entender en las escrituras fechas despues de su publicacion, le resueluen post textum in l. iubemus, C. de testam. ibi: *Quæ in posterum tantummodo obseruari censemus ut quæ testamenta post hanc nouelam nostri numinis legem conficiuntur, hæc cũ tali obseruatione procedant, quid enim antiquitas peccauitque præsentis legis inscia pristinam sequta est obseruationem*, glos. in l. penultima, C. de decurionibus, lib. 10. Greg. Lop in l. 9. tit. 19. part. 3. glos. 1. Aceued. in l. 12. tit. 25. lib. 4. recop. & cum alijs, Mier. de maiorat. p. 1. q. 62 n. 14. in noua edit. ibi: *Licet aliqui hodie contrarium velim probare per legẽ 13. tit. 25. lib. 4. recop. quæ lex quomodocunque sit est intelligenda in scripturis factis post publicationem illius legis*, y assi no se pudo estender la ley del Reyno, ni su prohibicion a este codicilo, que se hizo tantos años antes de la publicacion de la ley del Reyno.

13 Lo segundo, se responde que la ley del Reyno que prohibe que los notarios no hagan escrituras, solo hablá entre personas seculares, pero no entre Eclesiasticas, como eran el dicho Iuan Ximenez testador, y Iuan de Ariba notario, como cõsta de la misma ley 25. tit. 13. lib. recop. & ibi Aceued. y assi no nos obsta la disposicion de la ley del Reyno.

14 ¶ La tercera razon, por dõde se deue dar entera fee, y credito a este codicilo, es porque está reconocido por los testigos, ser el traslado que se sacò del original del mismo signo y firma que solia hazer Iuan de Ariba notario Apostolico, y dan la razon los testigos; por auerle visto muchas vezes firmar, y otros por auer visto otras escrituras firmadas del dicho notario, con lo qual se fortifica mas la legalidad, y verdad deste codicilo, Craueta, consi. 294. num. 14. Puteus, decis. 236. num. 8. in fi. lib. 2. & in epitome de fide instrument.

ment.decis.9.Farinat.d.decis.703.num.3.porque aũ que regularmente la comparacion de letras no haze plena prouança,glos.in l.comparationes,verb.testiũ, C.de fide instrumentorum,Afflict.decis.181.num.7. ad fi.Roland.consi.26.post num.9.lib.1.Menoch.de arbitrar. lib.2. casu 114.num.6.Mascar.de probat. lib.1.concl.330.& Farinat.infrag.1.part.litera C.nu. 496.fallit in antiquis, Bald.& reliqui scribentes in l. comparationes, C.de fide instrumentorum, & fallit etiam in comparatione publici instrumenti,DD.in d.l. comparationes, Mascard.d.conclu.330.num.15. Menoch.d.cas.114.num. 25.Farinat.consi.11.nu.39. & d.part.1, frag.litera C.num.521.y assi esta prouado y reconocido el codicilio, y ser del signo y firma de Iuan de Ariba notario Apostolico.

15 ¶ La quarta razon por donde esta escritura es prouante,es porque de Iuan de Ariba notario Apostolico ay muchas escrituras autenticas, y a las quales se da entera fee, y credito,como consta de las que se han presentado,y quando de vn notario,o escriuano se hallan muchas escrituras,se ha de presumir la escritura que se presenta solemne,y prouante,vt post Innocent.in cap.veniens de verbor.sig.& in cap.1.de fidei instr.resoluunt Aretin.consi.37.colum.1.& cons. 41.Mascard.de probat.lib.3.concl.1098.num.26.ibi: *Sexto denique loco probari poterit ex eo quod plura instrumenta inter multos & diuersos per eum de cuius notariatu quæritur confecta producantur.* Ioseph.Lud.d.decis.115. num.9.in fi.

16 ¶ La quinta razon es, porque esta escritura se halló en poder de Iuan Ochoa Muñoz,y es cosa cierta y sin duda,que ha estado en poder de todos los posseedores del mayorazgo, como lo fue el dicho Iuan Ochoa Muñoz padre de doña Maria Ochoa, vltima posseedora que litigó la sucession deste vinculo con Fernando Suarez, como consta de la declaracion de doña Maria Paez,muger de Iuan Ochoa Muñoz,que esta fol.260. y assi mismo estuuo en poder de Iuan Muñoz Clerigo,posseedor que fue deste vinculo,como consta de la declaracion de Francisco Suarez,que esta en el processo fol.351.y auiendo como ay tantos

ad-

adminiculos,y circunſtancias de ſu comprouacion,ſe le ha de dar entera fee,y credito,vt eleganter reſoluit Molin.lib.3. de primog.cap.13.num.49.ibi: *Nos autem in caſu contingenti vidimus a ſupremo Castellæ Conſilio præstitam bonorum maioratus poſseſsionem ex quodam exemplo primogeni antiquiſsimo,quod penes vltimū maioratus poſſeſſorem inuentum fuit,& quod tanquam vera ſcriptura maioratus fuit ſemper obſeruatum, & cui etiam plura alia veritatis adminicula aſsiſtebant:* y aſsi auiendoſe obſeruado,y guardado en poder de los ſuceſſores,y teniendo como tiene tantos adminiculos,y comprouaciones de ſu verdad,ſe ha de tener por prouante,para que por el ſe aya de regular la ſuceſsion deſte mayorazgo.

17 ¶ La ſexta razon es,porq̃ Franciſca Fernãdez hermana q̃ fue de Iuan Ximenez fundador deſte vinculo,hizo mencion deſte codicilo,mãdãdo q̃ por el ſe regulaſſe la ſuceſsiõ deſte vinculo, como cõſta de las palabras del teſtamento,que eſtan en el proceſſo fol. 226.a la buelta,ibi: *Y aſsi miſmo conformãdome con el codicilo de Iuan Ximenez mi hermano,digo,y declaro,que es mi voluntad que el dicho patronato,y bienes del,lo tenga,y poſſea Iuan Muñoz Clerigo mi hijo,&c.* Y aſsi miſmo cõſta del teſtamento de Iuan Muñoz, hijo de Franciſca Fernandez,primero poſſeedor deſte vinculo, donde haze mencion del dicho codicilo,y regula por el la ſuceſsion,ibi: *Yten,digo que por vna clauſula del codicilo de Iuan Ximenez mi ſeñor tio,que mandò que ſi faltaren herederos de Pedro Muñoz mi hermano,para la ſuceſsion de los bienes de ſu patronato,que quien yo y mi madre mandaſſemos ſucedieſſen: por tanto digo, que ſabiendo como ſabia la voluntad del dho ſeñor Iuan Ximenez,y de mi madre,&c.* & paulò inferius: *Y ſucedan en mi hermana Maria Muñoz y deſpues della,ſi aſsi ſucediere,en ſus hijos,que ſea hijo,ò hija mayor,&c.* Con la qual ſe prueua euidentemente,q̃ eſta eſcritura es cierta y prouante,Butri.in cap. ex literis verſi. Vnde oportet,& ibi Abb.n.4.verſi. Secundo aduco, de fide inſtrument. Nata,conſi.132.in princ. Farinat.deciſ.665.num.5. tom.1.nouiſ.ibi: *Imò non ſolum conſtat de falſitate ſed de veritate dictæ donationis ex mandata procure domini Rodulfi facto ad plura in Antonium*

nium, 16. Mart. 1600. in quo illam confirmauit etiam cū iuramento, & obligatione camerali falsitas enim cessat quā do veritas ex alio instrumento apparet, & Steph. Grat. discept. forens. cap. 951. nume. 5. ibi: *Adminiculum autem desumitur ex testamento eiusdem Francisci in quo fatetur se asignasse Carolo nummos ad censum existentes, quod est conforme folio in quo continetur censum asignatio.* Y assi constando por los dichos testamentos que son ciertos y verdaderos, del dicho codicilo no se puede dudar ser cierto, y prouante, y auerse de regular por el la sucessiõ deste mayorazgo.

18 ¶ La octaua razon, y conjetura por donde este codicilo se ha de tener por prouante, y autentico, es por la mucha antiguedad que tiene, respeto de auer se otorgado por el año passado de 541. por el qual transcurso de tiempo se presume solemne, por auer passado mas de nouenta años, vt post Alexand. Aret. Cum. & alios resoluunt Couarr. in pract. cap. 21. nu. 7. plures referens, Mascard. concl. 711. num. 81. & 82. Trentacinq. lib. 2. var. tit. de fide instrum. resolut. 5. num. 9. Riminald. iunior, consi. 6. num. 53. lib. 1. Gratian. cap. 268. num. 1. cum seqq. tom. 2. discep. Nicolaus Genua, de priuata scriptur. lib. 1. quæst. 16. nu. 37. siendo assi que bastara solo el transcurso de treynta años, sicut videmus in sententia quæ præsumitur ritè, & rectè lata ex lapsu triginta annorum, & in ea presumitur solemnitas extrinseca, vt per Casiod. decis. 3. num. 1. de procuratoribus, quam sequitur Rota apud Puteū, sup. decis. 318. lib. 2. in noua impress. & in antiqua, decis. 337. & plures referens Mascardo, conclus. 1297. num. 33. & Boerius, decis. 124. num. 17. & 18. y assi auiendo passado mas de nouenta años, por el lapso de tanto tiempo se presume este codicilo autentico, y prouante, sin que obste ninguna de las objecciones opuestas de contrario.

19 ¶ Lo vltimo, porque este codicilo ha sido obseruado, y guardado, y por el se pronunciò sentencia en el pleyto que doña Moria Ochoa siguio con Fernādo Suarez, sobre la sucessiõ deste vinculo, y la obseruancia y cosa juzgada es tan poderosa, que aunq̄ alias el contrato, o escritura, o disposicion, no tenga solemnidad, ni forma, le da fuerça, y firmeza, para que se

presuma

presuma solene y verdadera, l. cum de in rem verso, ff. de vsuris, Aym. de antiquit. tempor. par. 1. vers. Quarto limitatur, num. 14. & 15. Menochi. cons. 508. num. 20. lib. 6. Peregr. cons. 64. num. 19. lib. 1. & cons. 48. num. 8. lib. 4. Burg. de Paz, cons. 15. num. 3. & 7. Mieres, de maioratibus, 1. par. quæst. 62. num. 26. in noua editione, Farinac. decis. 18. tom. 2. in nouiss. num. 1. ibi: *Domini resoluerunt iura super quibus fundata est decisio in hac causa facta, sub die octauo Martij præsentis anni, esse in forma probanti, nam quo ad priuilegium Innocentij Octaui, seu Alexandri Sexti, super quo extat principale fundamentum decisionis, cessat omne dubium extante obseruantia centum annorum, & vltra de qua nunquam dubitabit Rota, quæ obseruantia etiam in formi scripturæ dat robur,* Alexan. Lud. decis. 469. num. 5. vbi Oliuer. Beltram. lit. B. ibi: *Obseruantia tribuit robur scripturæ, etiam alias informi, Rota, decis. 18. par. 2. in recentioribus, & decis. 703. sub num. 8. eadem parte, & decis. 482. num. 6. & num. 11. par. 1. in recentioribus, etiam si non constet de obseruantia scripturæ in omnibus capitibus in ea contentis, Rota, decis. 569. in fin. par. 4. in nouis. & etiam si obseruantia fuerit contra tertium, vt fuit dictum in Ferrariensi Bonorum. seu Palatij, 21. Aprilis 1603. coram Cardinali Milino,* Ricci. collectanea 2353. par. 6. ibi: *Obseruantia dat robur scripturæ, etiam informi,* sequuntur Stepha. Gratia. cap. 951. num. 8. ibi: *Ita vt scriptura longo tempore obseruata quamuis sit informis roboretur, & valeat, & transeat in fidem veri,* innumeros cumulans D. Castill. cap. 93. §. 7. a nu. 3. tom. 5. Y esta obseruancia no es necessario que sea prescripta, ni de tiempo largo, sino solo que alguna vez se aya obseruado, vt post Crauet. Siluan. Bertazo. Lud. & alios obseruat idem Gratian. d. cap. 951. num. 9. ibi: *Adeo vt non sit opus obseruantia longissima, neque præscripta cum sufficiat, ita aliquando fuisse obseruatum,* quem sequitur D. Castill. vbi sup. num. 3. Y assi, auiendo sido esta escritura obseruada, assi por las disposiciones de Francisca Fernandez y Iuan Muñoz, como por la sentencia que tuuo doña Maria Ochoa en esta Real Chancilleria contra el dicho Fernando Suarez, no se puede dudar de su obseruancia.

20 ¶ A todo lo qual se junta, que auiendo pretédido

dido la sucesion deste vinculo el mismo Fernando Suarez, por muerte de Iuan Muñoz vltimo posseedor, y auiendose opuesto doña Maria Ochoa, y pretendido que este mayorazgo era incompatible con el que tenia Fernando Suarez, de Diego Fernandez Capellã del Rey, por el codicilo de Iuan Muñoz, opuso contra el el dicho Fernando Suarez las mismas excepciones que oy opone, pretẽdiendo se auia otorgado ante Notario Apostolico, que no auia dado fee de conocimiẽto, ni sacado las firmas en el traslado que dio: y sin embargo de las dichas excepciones salio sentencia, declarando por sucessora a doña Maria Ochoa, y por valido el dicho codicilo, como consta de la executoria que està presentada en este pleyto, donde quedaron vencidas las excepciones que opuso contra el codicilo Fernando Suarez, y declarado por prouante y valido por la sentencia, l. cum quidam 21. C. de fide instru. cap. cum inter vos, de sententia, & re iud. ibi: *Quamuis fortè dicto instrumento donationis, non sit plurimum innitendum &c. Attendentes tamen quod ius ex sententia factum fuit postquam in rem transibit iudicatã, &c.* vnde inquit Bald. cons. 401. num. 9. lib. 5. *Quod instrumenta per sententiam & obseruationem partium, transeunt in perpetuam fidem,* exornat Farina. de falsitate, quæst. 153. num. 227. & 228. y asi no se puede dudar de la legalidad y verdad del codicilo.

21 ¶ Y no es de consideracion dezir, que la dicha sentencia que se pronunciò contra Fernando Suarez, no prejudicò a los hijos que han salido y opuestose a este pleyto, porque no suplicò della, y asi interuino en la defensa del dicho pleyto colusion, l. si perlusorio, ff. de appellationibus, l. si seruus plurium, §. 1. & §. si quis ante, ff. de leg. 1. resoluunt Molina, lib. 4. cap. 8. num. 10. Mieres, de maiorat. 4. par. quæst. 14. per totam, tom. 2. in noua editione, Pereg. de fideicommis. art. 53. num. 59. Salg. de Regia prot. par. 4. cap. 8. num. 335. & sequentibus, Fusari. de substit. quæst 622. num. 15. D. Castill. cap. 157. nu. 27. tom. 6. y asi pretende, que la cosa juzgada no daña a los hijos de Fernando Suarez, por auerse defendido el pleyto con colusion notoria.

22 ¶ Por-

22 ¶ Porque a està dificultad se responde, que aunque es verdad q̃ regularmente no apelandose de la sentẽcia por el sucessor en el mayorazgo, no se perjudiq̃ a los sucessores en siguiẽte grado, por la colusiõ y falta de defensa, no procede esta regla quãdo la causa de su naturaleza es tal, que notoriamente se ha de ver que no ay justicia, aunque se suplique de la sentencia: porque siempre es licito reconocer la buena fè, l. si bonam 11. cum ibi relatis a glos. C. de administratione tutor. y viendo Fernando Suarez, y el Doctor de la Gasca su abogado, que no auia justicia, por estar tan legalizado y aprouado el codicilo, dexaron passar la sentencia en cosa juzgada.

23 ¶ Lo segundo se responde, que aunque regularmente, por no apelarse de la sentencia por el sucessor en el mayorazgo, no prejudique al siguiente sucessor, y se presuma colusion, no procede lo susodicho quando la sentencia se pronuncia por Iuezes supremos, como son los señores Oydores de la Chancilleria, que con tanto acuerdo, integridad y deliberacion juzgan las causas, como lo hizieron en la sentencia q̃ pronunciaron en fauor de doña Maria Ochoa, y de nueuo no se opone cosa alguna, q̃ se dexasse de alegar en la causa principal por Fernando Suarez, como en efeto no se opone: porque solo en las peticiones q̃ se han dado en la Chancilleria, se han opuesto los mismos defetos contra el codicilo, que se opusieron en el pleyto de doña Maria Ochoa, y en la justicia principal las mismas excepciones: porque en estos dos casos no ay colusion, y prejudica la sentencia a los sucessores, vt post Pinel. in l. 1. 3. p. n. 49. in 4. limit. & C. de bon. mat. Cou. c. 15. pract. n. 2. resoluunt Pereg. de fideicommiss. art. 53. nu. 56. vers. Sed cum ex propria, Fusar. de substit. d. cap. 622. num. 24. ibi: *Contrariam sententiam probauit Pereg. d. art. 53. num. 56. maxime si lata foret sentẽtia a supremis Magistratibus, dummodo grauatus nil omißerit pro defensione causæ.* Y assi no obsta a nuestra presuncion el no auerse suplicado por Fernando Suarez.

24 ¶ Menos es de consideracion dezir, que el codicilo no tiene solenidad, porque no està firmado del testa-

testador, ni sacada la firma, siẽdo requisito essencial, cõforme a la ley 13. tit. 25. lib. 4. recop. la qual solẽnidad, aunque la ley habla en contrato, se estiende a los testamentos y codicilos, por ser tãbiẽ escrituras como los contratos, vt optime resoluunt Matien. in l. 1. tit. 4. glos. 3. n. 7. & 8. Gutierr. lib. 1. pract. qq. cap. 142. y assi pretenden que el codicilo no es prouante. Porq̃ a esta dificultad se responde, que los testigos firmarõ sus nombres, y vno por el testador por estar enfermo de perlesia, como consta del traslado, ibi: *Los quales firmaron sus nombres en el registro desta carta*: y assi no le faltò la subscripcion, porque basta que la haga vn testigo por el testador, l. hac consultissima, in fi. C. de testam. l. 2. tit. 4. lib. 5. recop. cum alijs adductis a D. Pichardo, in §. sed cum paulatim, insti. de testam. nu. 43. y aunque no sacò las firmas fue porque entonces no se acostumbraua, y la costumbre es tan poderosa que puede remitir algunas de las solemnidades de las escrituras, c. cũ dilectus de fide instrument. cum alijs adductis a Mieres, d. 1. p. q. 62. nu. 19. & 20. Demas de que quando no vuiera costumbre, la obseruancia, antiguedad, y adminiculos, suplen qualquier defeto, como latamente dexamos fundado en los numeros precedentes, y tantos adminiculos como tenemos juntos de la legalidad, y verdad del codicilo, hazen que la escritura que alias non probaret nihilominus plenam fidem faciat glos. in l. 3. §. eiusdem, ff. de testibus, Cephal. consi. 608. num. 58. & 59. lib. 4. Cranet. consil. 613. num. 14. Decianus, consi. 11. nume. 121. cum alijs relatis per Nicolaum Gen. de priuat. scrip. libr. 1. q. 3. n. 78. Grat. c. 951. nu. 5. tom. 5.

25 ¶ Y no es de consideracion dezir, que el codicilo que hizo Iuan Ximenez, no tiene fee de conocimiento del otorgante, y no le teniẽdo, parece que el contrato tiene nulidad, ex text in l. 14. tit. 25. libr. 4. recopil. vbi tradunt Aceued. Gutierr. lib. 1. practicar. q. 143. Porque a esta dificultad se responde, que o el escriuano, o notario ante quien passò el codicilo no conocio los contrayentes, y en este caso el contrato es ninguno; o los conocio y omitio de poner el conocimiẽto, y en este caso el contrato es valido, vt pulchre

resol-

resoluit Gutierr.d.lib. 1.q.144.num.2.versi. *Aut enim constat*,ò es dudoso si el notario,o escriuano conocio, o no,al testador, y en este caso vale el instrumento, porque se presume que conocio al testador,y hizo biẽ su oficio,vt ex cap.ad audientiam de pręscriptionib⁹, & l.si quis Decurio C.ad leg. Corn.de fals. resoluit Gutier.d. q.144.num.3. versi. *Tertius est casus*,y no se puede dudar,sino q̃ conocio a Iuan Ximenez,Iuan de Ariba notario, y quando el caso este dudoso se ha de presumir que hizo bien su oficio, y assi no es nulidad considerable, y el dicho codicilo es prouante con todos los requisitos de derecho.

A R T I C V L O. II.

26 ¶ En este articulo nos resta fundar, que el mayorazgo que fundò *Iuan* Ximenez Clerigo,que vacò por fin y muerte de doña Maria Ochoa; vltima posseedora,es incompatible con el vinculo que fundò Diego Fernandez Capellan del Rey,y assi ha de suceder en el don Luys Abarca Muñoz,como hijo de doña Francisca Suarez,nieta de Alonso Muñoz,hijo de Francisca Fernandez primera sucessora,porque aunq̃ Fernando Suarez que litiga,sea nieto varon del dicho Alonso Muñoz,y regularmente se admitan en los mayorazgos los varones primogenitos, en exclusion de los hijos segundos y toda su linea,vt constat ex l. 2. titul.15.part.2.l.40.Tauri,Molina,lib.1.cap.3.ex n.3. cum seqq.cũ alijs adductis à D. Castillo,tom.6.cap. 60.num.2.& cap.180.num.6.no procede esto en los mayorazgos donde ay incompatibilidad,porque si el primogenito tiene otro que es incompatible,passa al segundo genito,por euitar el inconueniente de la junta de los mayorazgos, y por guardar la voluntad del testador,qui rebus & bonis suis potuit legem quam voluit ponere,l. in traditionibus,ff.de pact.l.rebus,C. de rerum perm.cum alijs adductis à Valẽçuela Velazquez consi.25.num.47.y assi en este caso se ha de admitir el segundo genito,vt eleganter resoluit Molina de primogenijs,lib.3.ca.2.num.29.ibi: *Septima limitatio nisi maioratus concurrat cum alio qui sit eius reditus*

atque

atque valoris, vt ex decisione legis 7. tit. 7. lib. 5. in nouu leg. reg. collect. in vno atque eodẽ successore, vterque maioratus concurrere non possit, tunc nãque electo ex ipsis tem a filio primogenito in altero filius secundo genitus primogenito excluso succedit, & notat D. Castillo, d. cap. 160. num. 3. & 4. & cap. 180. num. 6. & 7. Y assi ha de suceder dõ Luys Abarca Muñoz, en exclusion de Fernando Suarez y sus hijos, por tener el susodicho muchos años antes el mayorazgo de Diego Fernandez.

27 ¶ Veamos pues como està prouada la incõpatibilidad, y hallaremos que la ay expressa cõforme a la disposicion del codicilo, ibi: *Porque no quiere que entrambos vinculos esten en vno, pues la dicha su hermana tiene copia de hijos, &c.* Cõ q̃ no se puede dudar, sino q̃ la ay expressa, y assi aunq̃ al hijo secundo genito le incumba el verificar la incompatibilidad expressa, o cõjetural, quæ ex euidentissimis coniecturis colligatur, vt in non dissimili specie resoluit Molina, lib. 3. de primog. cap. 4. num. 32. Valençuela Velazquez, in consi. 97. num. 216. & D. Castillo, d. cap. 180. num. 16. ibi: *Sic sane filius secundo genitus, vel alius qui in remotiori linea & gradu existit, vbi, cumque ordinem regularem successionis preuertere intendit, & fratre primogenito aut existenti in meliori gradu, & linea præ textu incompatibilitatis aut alio præferri non aliàs obtinere poterit, quam si ad iuris communis derogationem expressam ostendat dispositionem, vel si tacitam coniecturalem talis ea sit quod euidẽs, & clarum ius ex ea resultet.* Y assi teniendo este mayorazgo incompatibilidad expressa, se ha de guardar la voluntad del testador, vulgata l. in conditionibus primum locũ, ff. de condit. & demost. cum alijs adductis à Valençuela Velazquez, Molino, Pelaez, Molina, quos in id adducit, D. Castillo, d. c. 180. nu. 4. y assi tiene fundada la incompatibilidad expressa el dicho don Luys Abarca.

28 ¶ Pretende Fernando Suarez, que caso que aya incompatibilidad, no se ha de estender fuera de los descendientes de Francisca Fernandez, a quien el testador prohibio la junta de los dos mayorazgos: pero sin embargo la dicha incompatibilidad es Real, y se ha de estender a todos los sucessores in infinitum, y

la

la razon es euidente, porque en las disposiciones testamentarias; mas se ha de atender a la voluntad del testador, que al sonido y corteza de las palabras, l. si quis ita, §. conditio, ff. adimendis, leg. ibi: *Sed melius est sensum magis quam verba amplecti*, cum alijs adductis á Dom. Castillo, lib. 4. cap. 7. maximé ex num. 4. de dõ de la razon expressa en la disposicion declara la volũtad del testador, y estiende sus palabras y disposicion secundum mentem ipsius, l. cum pater, §. dulcissimis, ff. de leg. 2. cum alijs adductis à Mantica, de coniecturis, lib. 6. tit. 14. num. 10. & 11. y assi como milita la misma razon en los primeros llamados, que en los demas se ha de estender la disposicion, no solo al primer grado, sino tambien a los siguientes.

29 ¶ La segunda razon es, porque la incompatibilidad, y prohibicion de la junta de los mayorazgos, se pone a los mismos bienes, y al mismo mayorazgo, y assi es real, y passa a todos los successores, iuxta tex. in l. qui aliena, §. fin ff. de negot. gest. ibi: *Sententia prædio datur*, l. 4. §. si dicantur, ff. finium regundor. ibi: *Quoniam magis fundo quam personis adiudicari fines vel partes intelliguntur*, l. iuris gentium, §. pactorum, ff. de pactis, de aqui es q̃ la prohibiciõ de enagenacion, aunque se refiera a ciertas personas, si ay algun termino que induzga mayorazgo, y conseruacion de familia, aunque la prohibicion ad personas referatur, es Real, y passa a todos los sucessores, Bart. in l. filius fam. §. Diui, ff. de legat. 1. & cum alijs contendunt Molina, lib. 1. capit. 4. num. 29. Peregrin. de fideicom. art. 1. num. 28. Mantica, de coniectur. lib. 6. tit. 14. num. 23. cum alijs adductis a Fussario, de substitut. q. 669. nu. 13. & a D. Castillo, cap. 181. num. 9. y assi siendo la incompatibilidad Real, y puesta a los bienes, aunque parece que se restringe a ciertas personas, es Real, y passa a todos los sucessores.

30 ¶ La tercera razon es, porque la incompatibilidad de los mayorazgos, y exclusion del primogenito, y admission del segundo genito, puesta en el primer grado, se entiende puesta en todos los demas, l. in ratione 11. §. si filio, ff. ad l. falcid. ibi: *Vt enim opes patris, & contributio legatorum inde capiant formam, & originem, ita plures substituti sub ducta persona* pu-

persona pupilli reuocandi sunt ad intellectum institutionis, l.denique, §.fin.ff.de peculio legato, ibi. *Si tamen & in alterius persona hoc eum censisse appareat idem dicas*, *l.2. ff.de coniungendis cum emancipa.liber.eius.sed potest superior sermo, & ad hunc casum referri*, y la condicion y calidad del primero grado, titulus est, & caput omnium succedentium, l.lucius, §.pater, ff.ad Trebell.l.qui fundum, §.qui filios, ff.ad l.falcid.ibi: *Est igitur rationi congraens ne plus iuris in persona substituti testator habeat quã habuerat in eo cui eum substituit*, & elegãter resoluit Stephanus Federicus, de qualitatibus contractuum cap. 19.num.22.ibi: *Et lex imposita primo genito cui cæteri gradus subordinantur maximé si honorem, & nomen disponentis respiciat non circunscribitur persona designata sed generalis titulus, & qualitas totius successionis propter vniforme desideriũ defuncti quod omnibus applicatur*, & post Decium, Paris. Gamm. Surdum, & alios refert D. Castillo, cap.178.num.2.& 181.num.10.y assi la incõpatibilidad aunque se ponga en vn grado, se ha de juzgar repetida por la voluntad del testador en todos los demas.

31 ¶ La vltima razon es, porque ex verosimili testatoris voluntate, la disposicion se estiendo de caso a caso, y de persona a persona, ex multis iuribus, & DD.cumulatis a Molina, lib.1.cap.4.num.24. y en terminos deste caso se induze expressa voluntad del testador, de que no quiso que el vinculo que fundaua, se juntasse con otro, proueyendo a que se alimentasen otros hijos con el, y no estuuiesse junto en vno, y se cõseruasse su memoria, como consta de las palabras de la clausula, ibi: *Pues la dicha su hermana tiene copia de hijos*, y porque se conseruara su memoria, y no se cõfundiera, y borrara, la qual razon milita en el caso presente, por auer tenido muchos hijos Maria Muñoz, como consta del arbol, pues tuuo seys hijos y hijas, y entre ellos a doña Francisca madre de don Luys, y al dicho Fernando Suarez, y asi auiendo la misma razon, y verosimil mente del testador, la disposicion se ha de estender de caso a caso, y de persona a persona, vt eleganter resoluit idem Molina, d.lib.1.cap.4.num.27. in fin.ibi; *Ex quibus remanet firmissima, & vera conclu-*

sio

sio, quod scilicet ex vero simili testantis voluntate eius dispositio de persona ad personam extendatur, sicut de casu ad casum extendi solet: sequuntur Peregrin⁹, de fidei cōm. art. 29. num. 32. & 33. Hondedeus, consi. 48. num. 6. & 7. & num 53. & seqq. & in consi. 55. ex num. 14 atque ex num. 43. & 48. tom. 2. Casanate, consil. 4. ex num. 59. vsque ad 80. Flores de Mena, in additionib⁹ ad Gammam, decis. 27. nu. 2. & plures alij relati à D. Castillo, d. cap. 181. num. 11. & per totum, el qual elegante y doctissimamente en los terminos de nuestro pleyto, resuelue que la incompatibilidad puesta en vn grado, se ha de entender en todos, y lo resuelue por muchos numeros, ita vt nihil aliud in hac materia desiderari possit, y assi aunque la incompatibilidad la puso Iuan Ximenez a los hijos de Francisca Fernandez, primeros llamados, se ha de repetir en todos los demas grados, y assi en el caso presente.

ARTICVLO III.

32 ¶ Pretende Fernando Suarez, que caso que el mayorazgo que possee de Diego Fernandez Capellan del Rey, sea incompatible con el de Iuā Ximenez Clerigo, que ha de tener eleccion para dexar el de Diego Fernandez, y aceptar el de Iuan Ximenez, sobre cuya sucessiō es este pleyto.

33 ¶ Pero esta pretension carece de todo fundamento, porque en el codicilo de Iuan Ximenez, dōde se funda la incompatibilidad, no se da eleccion al hijo primogenito para que pueda tomar el mayorazgo q̄ quisiere, y assi para que pudiera auer lugar la elecciō auia de fundar, o que auia eleccion ex hominis dispositione, aut ex legis dispositione, como en la especie de la ley 7. tit. 7. lib. 5. recopil. donde se dispone, que no se puedan juntar dos mayorazgos, de dos quentos de marauedis arriba, ni por casamiento, ni por sucession, sino que el hijo mayor escoja el q̄ quisiere, poq̄ en este caso la ley da eleccion, y assi para obtener en este derecho Fernando Suarez auia de mostrar clausula en que se le daua la eleccion, porque el que se funda en eleccion lo ha de mostrar, authētica de triente & sem.

sem.§.consideremus,collat.3.l.fin.in fi.C.de Consulibus,lib.10.Grat.Crauet.& alij,cũ quibus in terminis resoluit Valençue.Velazq.cons.83.num.68.& 69.& Domin.Castillo,capitulo 179.numero 3. tom.6. Porque no es verosimil,que si el instituydor del mayorazgo quisiera conceder la elecion, auia de dexar vna cosa tan necessaria y notable,sin esprimirla y declararla en su disposicion: y assi la dicha elecion quasi neglecta videtur,l.item apud Labeonem,§.hoc edictum,ff.de iniurijs,ibi *Ea enim quæ notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur videntur quasi neglecta*,Mandel.de Alua,in cons.27.num.8.& in cons.109.num.11.& 21.Menoch.cons.210.num.19.& 20.de donde la opcion,o elecion,que a disponente concessa non reperitur negata,videtur cum adeo facile exprimi possit, l.vnica,§.sin autem deficientis,C.de caducis toll. cap.inter corporalia,de translat.Episcop. cap. ad audientiam de decim. exornat late D.Castill.cap.14. nu.13.lib.4.contr.& d.cap.179.num.6.tom.6.

34 ¶ No teniendo pues elecion conforme a la disposicion, auiendo elegido y sucedido Fernando Suarez en el mayorazgo de Diego Fernandez, Capellan del Rey, no puede elegir el mayorazgo de Iuan Ximenez, quia electio vnius contrariorum alterius additum præcludit,l.mater,ff.de inofficioso testam.l.4. C.de positi, l.quamuis, C.de vsuris,l.commissoriæ,C.de pactis inter empt.& vend. vbi eligẽs vnum ex contrarijs alteros renuntiare censetur,l.4.§.eleganter,ff.de leg.com. Y el que elige vn beneficio incompatible con otro,es visto repudiar el otro, y no puede despues en perjuyzio de tercero variar, vt constat ex textu in cap.fin.de renuntiat.lib.6. donde vno tenia espectatiua al primero beneficio que auia de vacar en cierta Iglesia,y estando vno proximo a vacar por muerte de vno,vn Prebendado de la misma Iglesia,que tenia vn beneficio tenue,lo renunciò para cõ la vacante conseguir la Prebenda,y que el otro consiguiera el beneficio tenue. Y responde el Põtifice, que esta renunciacion no daña al que tenia espectatiua, sino que en virtud de su gracia sucede en el beneficio pingue: porque siempre se deue obiar a las fraudes, ne

scilicet

253

scilicet in præiudicium tertij renuntiationes fiant, l. 1. §. penult. ff. si quis omissa causa testam. cum alijs adductis a Valenç. Velazq d. consi. 83. num. 63. & 108. & a D. Castill. cap. 178. num. 16.

35 ¶ La segunda razon es, porque en ipso que vno tiene accion a vn beneficio, si antes de alcançar la possession consigue otro beneficio, que no es compatible con aquel, es visto renunciarle; aunque despues se allane a resignarlo, vt probat text. in Clemen. gratiæ, de rescript. ibi: *Gratiæ vt de dignitate, vel beneficio curato tibi prouideatur renuntiare videris, si ante adeptionem eiusdem aliud beneficium pacificé assequaris; quod simul de iure cum dignitate, vel beneficio, virtute dictæ gratiæ tibi debito, retineri non posses, licet aliud resignaueris, aut sis resignare paratus*, & probat text. in cap. si pauper de præbend. in 6. Y aunque la Clementina parece, q̃ solo habla en las dignidades y beneficios Eclesiasticos, la razon decisiua de la disposicion, milita en los demas casos y materias, en que concurren titulos incompatibles, y assi su dottrina procede generalmẽte, y se puede acomodar a los mayorazgos de España, vt eleganter sequitur glos. in d. Clement. verbo, gratiæ, ibi: *Quia generaliter loquitur, hoc principium generaliter intelligitur de cuiuscumque gratia Papæ, vel alterius*, Zauarela ibidem num. 12. in hec verba: *Ad quartam de titulis sæcularibus respondeo, quod procedit in titulis incompatibilibus, vt in illis qui requirunt continuam residentiam, vel quorum fines sunt contrarij*; explicant Immola in d. Clement. gratię, num. 23. Parisi. de resignatione beneficiorum, lib. 1 quæst. 1. ex num. 16. Petr. Greg. de benef cap. 28. num. 4. Staphileus, de literis gratiæ titu. quibus mod. spirant literæ ad beneficia, Surd. consi. 230. num. 13. Y que aya lugar en los mayorazgos cum Ceuall. Hieron. Gonç. & alijs, resoluunt Valenç. Velazq. d. consi. 83. num. 63. & 64. donde specificé expendit dictam Clementinã, procedere *in maioratibus Hispaniæ, & in successionibus, & in commendis Indorum*, quem sequitur D. Castillo, d. cap. 178. num. 16. vers. Et quamuis Clementina. Y assi, no auiendo en este mayorazgo facultad de elecion, y auiẽdo Fernando Suarez elegido el mayorazgo de Diego Fernã-

dez,

dez, fue visto auer renunciado el que fundó Iuan Ximenez, y asi no le puede aora, por vno, ni otro camino, pretender, ni elegir.

36 ¶ Menos puede pretender, que caso que este vinculo sea incompatible con el de Diego Fernãdez que possee, le ha de tener su hijo segundo: porque cõ lo susodicho cessa la razon de la incompatibilidad, y junta de los mayorazgos; porque el hijo primogenito tendra el vno, y el segundo genito el otro.

37 ¶ Porque la contraria resolucion es mas cierta, nempe que el hijo segundo del primogenito, no se deue admitir en competencia del hermano segundo y sus descendientes: porque supuesto que por la incompatibilidad está su padre excluydo por el hermano segundo, estan excluydos por el consiguiente todos los que descienden del, quia exclusa vna persona, censentur exclusi omnes descendentes ab illa, vt post Bart. in l. liberor, num. 14. tradunt Molin. lib. 3. de primog. cap. 5. num. 41. & 42. Mieres, de maiorat. 2. par. quæst. 2. num. 85. & quæst. 6. num. 210. Peregr. de fideicomm. art. 27. num. 18. Marta, de successione leg. 1. par. quæst. 12. Mantic. de coniectur. lib. 8 tit. 18. Carol. de Tap. in additionibus ad Francis. Alu. de Rib. de successione Regni Portugalli, litera Q. nu. 23. & 35. Robl. de Salzed. de repræsent. lib. 2. cap. 6. num. 4. D. Castill. lib. 3. cap. 15. ex num. 60. & cap. 29. per totum, & cap. 130. 131. & 178. num. 1. tom. 6. Y asi, siendo incapaz de la sucesion el padre por la incompatibilidad, no pueden suceder ex persona patris.

38 ¶ Y aunque es verdad, que el hijo no puede suceder, quando el padre está excluydo ex persona eius, puede ex propria persona suceder el hijo, por estar el mas cercano, y no impedirse ex inhabilitate, aut exclusione parentum, quia non iure transmissionis, sed iure proprio succedunt, Bart. in l. 1. §. si sit nepos, ff. de collat. dot. Mantica, de coniectur. lib. 8. tit. fin. num. 72. & 75. Peregr. de fideicommis. art. 26. num. 6. & art. 27. num. 9. Honded. cons. 72. num. 43. Menochi. in cons. 172. num. 7. D. Castill. d. lib. 3. cap. 15. num. 70. & cap. 103. num. 8. tom. 5. & cap. 178. nu. 3

tom.

tom.6. Pero se responde, que en el caso de la incompatibilidad, el hijo secundo genito no puede suceder ex persona patris, porque esta exclusa, y por el consiguiente lo estan omnes descendẽtes ab illa, neque ex propria persona: porque no tienen llamamiento, ni en la persona de su padre hizo principio la linea: por que si pudiera suceder ex propria persona, fuera en caso que el padre estuuiera excluydo, por auer contrauenido a alguna condicion del mayorazgo: porque en esse caso, como la exclusion es personal, no estan excluydos los hijos, y suceden ex propria persona, vt post Tellum Ferdi. in l.27. Taur. num. 16. resoluunt Mier. 2. part. quæst. 4. illat. 8. num. 22. Matienç. in l. 11. tit. 6. glos. 4. num. 9. lib. 5. & ibidem Azeued. nu. 27. Angulo ibi glos. 6. nu. 6. cum alijs adductis, a D. Castill. d. cap. 15. num. fin. & d. cap. 177. num. 2. Pero quando la exclusion es Real, y no ay llamamiento, no puede suceder el hijo ex propria persona, vt nimirè resoluit D. Castill. d. cap. 178. num. 10. ibi: *Vlterius a tertio facit, quod filij & descendentes filij maioris, ut ex persona propria proprioque iure, aut ex persona patris succedere volunt ex propria non possunt, quia vocationem nullam habent, &c.* Y assi, que en los mayorazgos de incompatibilidad no sucedan los hijos segundos del hijo primogenito, sino el hermano segundo y sus hijos, resoluit in terminis Robles de Salcedo, de repræsent. lib. 2. cap. 6. num. 6. & per tot. quem sequitur eius opinionem laudans, D. Castill. d. cap. 128. a num. 1. vsque ad 12. Y assi no pueden suceder los hijos de Fernando Suarez secundogenitos, en exclusion de dõ Luys Abarca Muñoz, hijo de doña Francisca Suarez, su hermana segunda, por ser incapaces de la sucessiõ ex persona patris, & ex propria, porque no tienẽ llamamiento: y assi esperamos que se ha de reuocar la sentencia del inferior, declarando por legitimo sucessor del vinculo que fundò Iuan Ximenez al dicho dõ Luys, condenando a la parte contraria en frutos, & ita speramus. Salua in omnibus D.V.C.

Lic. Don Luis Thadeo del Burgo.